1765

Der Einfluss

des

beneficium cedendarum actionum

auf die

Haftung des Bürgen

nach römischem und gemeinem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt

von

Waldemar Abegg,
Referendar.

Berlin 1896.
Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke)
Linienstrasse 158.

Seinen geliebten Eltern!

Der Verfasser.

Inhalt.

Einleitung.

Seite

§ 1. Vorbemerkung 9
§ 2. Zweck des beneficium cedendarum actionum 12

Erster Teil.

Der Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen nach römischem Recht.

A. Eine Entscheidung ist aus den Quellen nicht zu entnehmen.

§ 3. Vorbemerkung 17
§ 4. a. l. 95 § 11 D. 46, 3 18
b. c. 18 C. 8, 41.
§ 5. a. l. 17. 36 D. 46, 1 22
b. c. 21 C. 8, 41.
§ 6. l. 22. 32. 23 D. 2, 14; l. 15 § 1 D. 46, 1 24

§ 7. B. Die Entscheidung aus inneren Gründen verwirft einen Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen 26

Zweiter Teil.

Der Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen nach gemeinem Recht.

§ 8. Begründung der Annahme 31
§ 9. Umfang 36

Schluss.

Die Entscheidung der vorliegenden Kontroverse

§ 10. in der Gerichtspraxis 42
§ 11. im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 45

Litteratur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Bothmer, in Gans' Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover. 1826. Band I, Heft 1.

Brinkmann, Wissenschaftlich praktische Rechtskunde. Schleswig 1831. Bd. I.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1879.

Chop, im Archiv für die civilistische Praxis. Band XV.

Cujacius, ad lib. 28 Quaest. Papin. (ed. Neapol. 1758. T. IV).

Dernburg, Pandekten. 4. Aufl. Berlin 1894. Band II.

Durandus, Speculum iuris. Basileae 1574.

Eck, in Holtzendorffs Rechtslexikon. 2. Aufl. 1875.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig. I. Lesung 1888, II. Lesung 1895.

Faber, Coniecturarum iuris civilis libri viginti. Aurelianae Allobrogum. 1609.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. Tübingen 1894.

Gesterding, im Archiv für die civilistische Praxis. Band VII.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. Jena 1850, 1851.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Göttingen 1843.

Griesinger, Commentar über das Herzoglich Wirtembergische Landrecht. Frankfurt und Leipzig 1793. Band I.

Hagemann, in Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen. Hannover 1809. Band V. Erört. 42.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.

Hering, Tractatus de fideiussoribus. Coloniae Agrippinae 1724.

Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 3. Aufl. Leipzig 1864. Band III.

Jäger, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Giessen 1832. Band V.

Keil, Zur Lehre von dem beneficium cedendarum actionum nach gemeinem und preussischem Recht. Dissertation. Halle 1880.

Knorr, im Archiv für die civilistische Praxis. Band XXVIII.

Krüger, in der Kritischen Vierteljahrsschrift. Neue Folge. Band XV.

Kübel, in Kübel u. Sarwey, Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung. Stuttgart 1873. Band XV.

— in Sarwey's Monatsschrift für die Justizpflege in Württemberg. Ludwigsburg 1854. Band XIX.

Mommsen, Die Befreiungsgründe des Schuldners in ihrer Zuständigkeit für den Bürgen. Dissertation. Kiel 1874.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888. Band II.

Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. Greifswald 1836.

Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationen-Rechtes. Dresden 1865. Band V.

Puchta, Pandekten. 2. Ausgabe. Leipzig 1844.

— Über den Concurs-Prozess. Erlangen 1827.

— Vorlesungen über das heutige römische Recht. 5. Aufl. Leipzig 1862. Band II. 1863.

à Sande, Opera omnia iuridica. Coloniae 1698 de actionum cessione.

Sarwey, Monatsschrift für die Justizpflege in Württemberg. 1851. Bd. XVII.

Savigny, Das Obligationenrecht. Berlin 1851. Band I.

Schmid, De fideiussore plane non obligato. Jena 1763.

Schweppe, System des Concurses der Gläubiger. 3. Ausg. Göttingen 1829.

— Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Göttingen 1831. Band III.

Sell, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Band III.

Seuffert, Pandekten. 4. Aufl.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Leipzig 1861. Bd. II.

Thibaut, De fideiussore ob creditoris in exigendo negligentiam liberato. Heidelberg 1829.

Titulus de fideiussoribus Inst. 3, 20. Dig. 46, 1. Cod. 8, 41.

Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840. Band II.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863. Band III. 1869.

Weber, Von der natürlichen Verbindlichkeit. 5. Ausg. 1825.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891. Band II.

Einleitung.

§ 1. Vorbemerkung.

Ob eine Diligenzpflicht für den Bürgschaftsgläubiger besteht, das heisst eine Verpflichtung, mit seinen Ansprüchen gegen den Hauptschuldner zwecks demnächstiger Cession an den Bürgen diligenter umzugehen, ist eine vielumstrittene Frage. Überwiegend[1]) hat sich Theorie und Praxis dafür erklärt, wenn es sich um eine Bürgschaft mit der Rechtswohlthat der Vorausklage handelt. Die Bürgschaftsverpflichtung wird dabei so aufgefasst, dass durch die Befugnis des Bürgen, den Gläubiger zunächst an den Hauptschuldner zu verweisen, die Schuldverbindlichkeit des Bürgen abhängig werde von der Bedingung[2]), dass der Gläubiger die gehörigen Schritte gethan habe, um vom Schuldner Befriedigung zu erlangen. Nur was von diesem beitreibbar nicht gewesen sei, soll praktisch dann der Gegenstand der Bürgschaftsschuld sein. Ist dem Gläubiger aber bei der Betreibung eine Nachlässigkeit vorzuwerfen und ist durch seine Schuld die Bedingung nur zum Teil oder gar nicht erfüllt, so kann er insoweit nicht

[1]) z. B. Thibaut, a. a. O. S. 15 ff. — Thibaut, bei Braun, Erörterungen S. 817. — Weber, a. a. O. § 114 1, 2; § 115, 4. — Chop, a. a. O. S. 56 ff. — Unterholzner, a. a. O. S. 816. — Sintenis, a. a. O. § 129 Note 60. — Girtanner, a. a. O. S. 483. — Holzschuher, a. a. O. S. 990 ff. zu 10. — Hasenbalg, a. a. O. S. 552 ff. — Vangerow, a. a. O. § 578 Anm. 4. — Windscheid, a. a. O. § 478 Anm. 10. — Seufferts Archiv, Bd. XVI No. 112. — Entsch. d. R.G. in Civils., Bd. XVIII No. 48, sowie ferner die bei Sarwey, Bd. XIX S. 285 Citierten.

[2]) Thibaut, a. a. O. S. 23. — Girtanner, a. a. O. S. 483.

Befriedigung vom Bürgen verlangen[3]). Die Diligenzpflicht soll demnach bei dem regelmässigen Falle der Bürgschaft auf dem beneficium excussionis beruhen und würde ohne dieses nicht bestehen. Folgerichtig könnte dann aber von einer Diligenzpflicht des Gläubigers im Falle der selbstschuldnerischen[4]) Bürgschaft nicht die Rede sein[5]), da hier die Bürgschaftsschuld ohne die im beneficium excussionis liegende Bedingung übernommen ist.

Thatsächlich ist denn auch diese Ansicht als die herrschende anzusehen[6]). Indessen ist sie dies nicht immer gewesen, und noch heute fehlt es nicht an Stimmen, die die Frage nach der Diligenzpflicht aus einem ganz anderen Gesichtspunkt zu entscheiden suchen[7]). Zweifellos nämlich bleibt dem Bürgen trotz seines Verzichts auf das beneficium ordinis das beneficium cedendarum actionum erhalten[8]).

---

[3]) Vergl. die fideiussio indemnitatis des klassischen Rechts, bei der dies noch deutlicher hervortritt; z. B. l. ult. pr. D. 12, 1; l. 7 D. 27, 7; l. 116 D. 45, 1; l. 41 D. h. t.; l. 21 D. 46, 3; c. 17 C. h. t. Über die Unterschiede zwischen dieser und der regelmässigen Bürgschaft seit Nov. 4. vergl. Girtanner, a. a. O. S. 331.

[4]) d. h. der unter Verzicht auf das beneficium excussionis übernommenen. Darüber, dass ein solcher Verzicht statthaft und sogar die Regel ist, siehe Durandus, a. a. O. lib. II partic. II S. 757 No. 10. — Girtanner, a. a. O. S. 202 ff. u. A. m.

[5]) So z. B. Hering, a. a. O. c. XX § 15 n. 18. — Vangerow, a. a. O. § 578 Anm. 4. — Seufferts Archiv, Bd. VII No. 312 ad. 1.

[6]) Vergl. oben Anm. 1 S. 1.

[7]) z. B. Schmid, a. a. O. sect. II cap. III § 227, wo in Anm. s die ältere Litteratur citiert ist, ferner Griesinger, a. a. O. S. 215, 223 Note t. — Sell, a. a. O. S. 255 Note i. — Schweppe, Konkurs § 117 S. 224 ff., Privatrecht § 511 S. 345. — Knorr, a. a. O. S. 170 ff. — Chop, a. a. O. S. 69 ff. — Brinkmann, a. a. O. S. 268 ff. — Weber, a. a. O. § 115 S. 503. — Puchta, Pandekten § 405 Note q, r. — Konkurs § 166 S. 345 ff., Vorlesungen § 405 S. 270 ff. u. Anm. 4. — Seuffert, a. a. O. S. 342 Anm. 26. — Holzschuher. a. a. O. S. 1002 zu 15. — Mommsen, a. a. O. S. 9. — Arndts, a. a. O, § 357 Anm. 2. — Dernburg, a. a. O. § 82, 3 und Anm. 7. — Seufferts Archiv, Bd. VI No. 41, Bd. VII No. 34 und 311, Bd. XX No. 36, Bd. XXXI No. 33.

[8]) Das ben. ced. act. bestand nicht nur vor dem ben. ord., sondern steht auch in gar keinem Zusammenhang mit demselben, was übrigens un-

Auf Grund dessen kann also auch der selbstschuldnerische Bürge gegen Zahlung der Bürgschaftsschuld vom Gläubiger die Abtretung seiner Ansprüche fordern[9])[10]). Daraus entsteht sofort die Frage, ob der Bürge seine Schuld auch zahlen muss, trotzdem der Gläubiger zur Cession überhaupt nicht, oder etwa nur zu der hinsichtlich des Erfolges inhaltsloser Ansprüche im Stande ist, oder ob der Bürge die Zahlung verweigern kann, weil den Gläubiger ein Verschulden ihm gegenüber bezüglich der Unmöglichkeit der Cession trifft.

Auf Grund des beneficium cedendarum actionum ist die vorliegende Frage das ganze Mittelalter hindurch und auch später noch fast einstimmig[11])[12]) dahin entschieden worden, dass der Bürge zur Zahlung nicht verpflichtet sei, wenn der Gläubiger durch eigene Schuld zur Cession nicht im Stande sei. Erst im Anfange dieses Jahrhunderts hat sich auf Grund der Deduktionen Mühlenbruchs[13]) eine Gegenströmung so erfolgreich geltend gemacht, dass nach langem Kampfe[14]) in Theorie und Praxis nunmehr überwiegend die entgegengesetzte Ansicht Platz gegriffen hat.

---

bestritten ist; vergl. dazu Brinkmann, a. a. O. S. 269. — Seufferts Archiv, Bd. XXXI No. 33. — R.G. Entsch., Bd. XXXIV No. 33 S. 157.

[9]) und zwar mittels exceptio doli; so stets im klassischen Recht genannt, vergl. l. 8 § 9 D. 17, 1; l. 65 D. 21, 2; l. 25 D. 26, 7. c. un. C. 8, 27. Der Ausdruck exceptio cedendarum actionum ist neuerer Entstehung.

[10]) z. B. l. 56 § 1 D. 17, 1; l. 13, 17, 18, 36, 45, 69 D. h. t. c. 2, 14, 21 C. h. t.

[11]) z. B. Cujacius, a. a. O. p. 739 litt. C und D. — A. M. Faber, a. a. O. lib. XI cap. XV i. f. — Vergl. ferner Schmid, a. a. O. sect. II cap. III § 227 Anm. s. — Griesinger, a. a. O. S. 215 Anm. m.

[12]) Vergl. Girtanner, a. a. O. S. 212 ff., 248 ff.; freilich nicht in dem Maasse, dass man ein Gewohnheitsrecht in diesem Sinne annehmen könnte eod. S. 471. Dies zeigt sich auch darin, dass die Frage seit Mühlenbruch wieder kontrovers geworden ist.

[13]) A. a. O. S. 435 ff.

[14]) S. die oben Angeführten, ferner Jäger, a. a. O. S. 231 ff. — Bothmer, a. a. O. S. 15 ff., der auch für die gewöhnliche Bürgschaft eine Diligenzpflicht verneint; ebenso Faber, a. a. O. lib. XI cap. 15 i. f., und zwar aus dem Grunde, weil der Bürge auch ohne dies Regressklagen habe.

Welche dieser Entscheidungen begründeter ist, sollen die folgenden Erörterungen ergeben, und die Frage nach der Diligenzpflicht wird dann entweder bei Annahme eines Einflusses des beneficium cedendarum actionum in schützender Richtung für den Bürgen allgemein für jede Bürgschaft, oder im Falle der Verneinung eines solchen Einflusses nur für die selbstschuldnerische Bürgschaft entschieden sein, da die Rechtfertigung der Diligenzpflicht ja auch noch aus dem Gesichtspunkt des beneficium excussionis versucht werden kann. Zur Untersuchung über die Wirkungen des beneficium cedendarum actionum ist zunächst auf den Zweck desselben näher einzugehen.

§ 2. Zweck des beneficium cedendarum actionum.

Jede Bürgschaft trägt in sich nach drei Seiten hin obligatorische Beziehungen, nämlich solche zwischen Gläubiger und Schuldner, — die Grundlage des Vertrages — zwischen Gläubiger und Bürgen, — den Inhalt des Vertrages, — endlich zwischen Bürgen und Schuldner, — die Folge des Vertrages, — oder anders ausgedrückt Haupt-, Bürgschafts- und Regressverbindlichkeit.

Keineswegs aber sind alle drei Seiten notwendig jedes Mal bethätigt. Der gesunde Fall ist vielmehr die richtige vertragsmässige Tilgung der Hauptschuld. Hier wird die Bürgschaftsobligation als accessorische ebenfalls getilgt, und die Regressverbindlichkeit kommt gar nicht zum Dasein. Erfolgt jedoch die Zahlung nicht, so tritt die Bürgschaftverbindlichkeit in den Vordergrund, und der Gläubiger kann bei der regelmässigen Bürgschaft nach Vorausklage des Schuldners, bei der selbstschuldnerischen auch ohne dies[1]) sich an den Bürgen wegen der Zahlung

[1]) l. 62 D. h. t.; die heutige selbstschuldnerische Bürgschaft steht der regelmässigen des klassischen Rechts gleich.

der Hauptschuld halten. Ist diese erfolgt, so wird damit in der Regel[2]) der Bürge einen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner erhalten. Dann tritt ein obligatorisches Verhältnis der dritten Richtung in Kraft, und dieser Fall ist als der weitaus häufigste zu betrachten.

Zur Durchführung des Regressrechtes ist dem Bürgen[3]) das beneficium cedendarum actionum gegeben, und zwar unabhängig davon, ob er eine Klage auf Ersatz des Gezahlten hat oder nicht[4]). Bezüglich des Zweckes des beneficium cedendarum actionum sind nämlich zwei Seiten zu unterscheiden, welche für die Frage von Wichtigkeit sind, ob auch der einer besonderen Regressklage entbehrende Bürge das beneficium cedendarum actionum habe. Dient das beneficium cedendarum actionum nur zur Erleichterung oder auch zur Ermöglichung des Regresses?

Das erste ist unbestritten und keineswegs zwecklos. In der Regel hat zwar der Bürge[5]) gegen den Hauptschuldner entweder die actio mandati contraria aus dem der Uebernahme der Bürgschaft zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft oder ohne ein solches wenigstens die actio negotiorum gestorum contraria auf Ersatz des Verauslagten. Doch ist nicht ausgeschlossen, dass er in die Lage kommen kann, von seiner Klage keinen oder keinen erfolgreichen Gebrauch machen zu können[6]). Hier kann es für ihn sehr wesentlich sein, anf Grund des beneficium cedendarum ac-

---

[2]) z. B. nicht, wenn die Bürgschaft animo donandi, oder in rem suam oder schliesslich invito reo übernommen war; vergl. l. 24 D. 2, 14; l. 9 § 3 D. 14, 6; l. 6 § 2. l. 40 D. 17, 1.

[3]) Der mandator credendi hat in der actio mandati directa bereits ein viel wirksameres Mittel, vergl. unten S. 19 f.

[4]) A. M. Windscheid, a. a. O. S. 733 Anm. 7.

[5]) § 6 J. h. t.; l. 43 D. 3, 5; l. 6, § 2. 18. 20 § 1. 21. 22 D. 17, 1; l. 60 D. 50, 17. Ausnahmen siehe oben Anm. 2.

[6]) z. B. wenn der Beweis für dieselbe schwer zu erbringen, ferner wenn die Klage durch falsche litis contestatio konsumiert ist oder eine exceptio gerade dieser im Wege steht, oder sie schliesslich wegen Insolvenz des Hauptschuldners aussichtslos ist.

tionum von dem Gläubiger, soweit derselbe Zahlung erhalten hat, durch exceptio doli die Cession der für ihn wertlos gewordenen Ansprüche[7]) verlangen zu können, da er mit diesen möglicherweise noch Befriedigung im Regresswege erlangen kann, z. B. wegen eines damit verbundenen Pfandrechts[8])[9]).

Bestritten ist dagegen, ob auch der eines besonderen Regressrechts ermangelnde Bürge uneingeschränkt von dem beneficium cedendarum actionum Gebrauch machen kann, so dass ihm dadurch ein Regress erst ermöglicht wird. Windscheid[10]) verneint dies aus inneren Gründen, obwohl aus den Quellen eine derartige Einschränkung nicht ersichtlich sei. Nur der Bürge habe nämlich keinen Regressanspruch, der sich donandi animo, in rem suam oder invito reo verbürgt habe. In diesen Fällen sei es aber für den Bürgen unmöglich, von der actio cessa Gebrauch zu machen, demnach dürfe er die Abtretung nicht verlangen, da dies Chikane sein würde.

Mit Recht ist darauf zu erwidern[11]), dass der Umstand, ob der Bürge mit der actio cessa etwas erreichen kann, lediglich seine und des Hauptschuldners Sache ist und seinem Rechte auf Cession nicht entgegensteht. Der Gläubiger hat jedenfalls, soweit er befriedigt ist, auf Verlangen des Bürgen seine Ansprüche gegen den Schuldner zu ce-

---

[7]) Nicht, wie meist bezeichnet, „Klagen“. Auch ein naturaler, nur excipiendo oder compensando geltend zu machender Anspruch kann cediert werden. So richtig Hasenbalg, a. a. O. S. 403.

[8]) Ein solches muss mit der Klage zusammen cediert werden. Vergl. c. 2. 11. 14. 21 C. h. t. Hasenbalg, a. a. O. S. 443 ff.

[9]) Mit dem Pfandrecht erhält der Anspruch nämlich eine dingliche Grundlage, und andere nur obligatorische Rechte stehen demselben nach.

[10]) A. a. O. S. 733 Anm. 7; vergl. ferner Hasenbalg, a. a. O. S. 421. — Geib, a. a. O. S. 158 o. — Mommsen, a. a. O. S. 8 ff. — A. M. Girtanner, a. a. O. S. 216.

[11]) Dernburg, a. a. O. S. 218 Anm. 8. — Arndts, a. a. O. § 356 Anm. 3 S. 694. — Entsch. des R.O.H.G., Bd. XIX No. 111 S. 386.

dieren, dessen Sache es ist, sich gegen den unrechtmässigen Gebrauch der actio cessa zu schützen[12]).

Auf Grund der bisherigen Erörterungen ist also zunächst festzustellen, das der Zweck des beneficium cedendarum actionum sowohl Erleichterung, als auch Ermöglichung des Regresses sein, und dass jeder Bürge in gleicher Weise von dem Recht auf Klagencession Gebrauch machen kann; ja dasselbe wird sogar bei dem Fehlen einer eigentlichen Regressklage erhöhte Bedeutung gewinnen, da es dem Bürgen überhaupt erst die Regressnahme ermöglicht[13]) [14]).

So lag schon im römischen Recht kein Grund vor, dem nicht ohnedies regressberechtigten das beneficium

[12]) Vergl. l. 25 D. h. t.; ferner z. B. bei der fideiussio in rem suam oder donandi animo. Richtiger Ansicht nach dagegen nicht bei der invito reo übernommenen Bürgschaft, soweit diese nicht einen dolus gegen den Hauptschuldner enthält. Hier ist zwar dem Bürgen eine besondere Regressklage mit Recht versagt, um ihn nicht ebenso vorteilhaft zu stellen, wie den, welcher im Auftrage oder ausgesprochenem Interesse des Hauptschuldners intercedierte. Doch kann dieser nur dann der vom Bürgen geltend gemachten cedierten Klage eine exceptio doli entgegensetzen, wenn deren allgemeine Voraussetzungen vorhanden sind, also ein wirkliches Unrecht in der Klageerhebung liegt. Dies ist aber keineswegs allgemein der Fall. Vielmehr ist es sehr wohl denkbar, dass eine vom Bürgen selbstlos, aber invito reo übernommene Bürgschaft für den Hauptschuldner äusserst nützlich ist. Eine exc. doli wäre hier unstatthaft. Damit stimmt auch überein der von den römischen Juristen für das ben. ced. act. gern herangezogene Gesichtspunkt des Kaufs, z. B. l. 17. 36 D. h. t. Wie sollte der Hauptschuldner gegen einen ihm unliebsamen Käufer oder auch z. B. Cessionar der von ihm zu erfüllenden Forderung eine exceptio doli haben? Aber „ubi eadem aequitas, ibi idem ius“. A. M. Arndts, a. a. O. § 356 i. f. Vergl. dazu Seuffert, a. a. O. S. 344. Bei erfolgter gültiger Cession kommt es auf die Erfordernisse der negotiorum gestio gar nicht an.

[13]) Die Frage, welchen Einfluss der Grund der Klagencession auf die Anwendung der actio cessa habe, fällt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit. Sie ist insbesondere Gegenstand der Abhandlung von Keil, a. a. O.

[14]) Vergl. Bring, a. a. O. Bd. II, 1 S. 192 u. — Göschen, a. a. O. S. 520. — Weber, a. a. O. S. 451. — Keil, a. a. O. S. 11; — auch der Dresdener Entwurf, Art. 988, 1003 giebt dem nicht regressberechtigten Bürgen das beneficium cedendarum actionum. Vergl. noch Entsch. des R.O.H.G., Bd. XIX No. 111 S. 386 und Entw. eines B.G.B., § 676 I. Lesung, § 758 II. Lesung. — Griesinger, a. a. O. S. 214 Anm. k.

cedendarum actionum zu versagen, und es ist daher ganz allgemein jedem Bürgen gegeben worden. Mit Hülfe einer exceptio doli, einer obligatorischen Retentionseinrede, kann dieser also die von ihm geforderte Zahlung zurückhalten, bis ihm der Gläubiger seine Ansprüche cediert, soweit er Befriedigung zu erlangen im Begriffe ist[15]). Diese Befugnis giebt das beneficium cedendarum actionum unstreitig, sofern dem Gläubiger überhaupt noch ein Anspruch gegen den Hauptschuldner zusteht. Sehr bestritten dagegen ist der Fall, wenn der Gläubiger selbst durch Zuthun oder Unterlassung, committendo vel omittendo, bewirkt hat[16]), dass der zu cedierende Anspruch ganz inhaltlos ist oder nur noch teilweisen Erfolg verspricht. Die Frage, ob hier der Bürge dem Gläubiger die im beneficium cedendarum actionum liegende exceptio doli erfolgreich entgegensetzen kann, um sich vor Zahlung zu schützen, soll im folgenden zunächst für das römische Recht untersucht werden.

---

[15]) Vergl. auch Hagemann, a. a. O. S. 205.

[16]) Vom Falle des dolus des Gläubigers wird hier überall abgesehen, da dolus ausnahmslos ersatzpflichtig macht, selbst im Falle des pactum, ne dolus praestetur. l. 23 D. 50, 17.

Erster Teil.

Der Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen nach römischem Recht.

A. Eine Entscheidung ist aus den Quellen nicht zu entnehmen.

§ 3. Vorbemerkung.

Von den Gegnern und Verteidigern einer Diligenzpflicht des Bürgschaftsgläubigers wird auf eine ganze Anzahl von Quellenstellen Bezug genommen, welche im einzelnen heranzuziehen sein werden. Doch ist zunächst hier Vangerow entgegenzutreten, der auf Grund der l. 62 D. 46,1 eine Erörterung der vorliegenden Frage überhaupt für überflüssig erklärt[1]):

> l. 62 Scaevola (libro V. Responsorum). Si fideiussor creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? Respondit, non posse.

Daraus nun, dass der Gläubiger bei der regelmässigen fideiussio des klassischen römischen Rechts, beziehungsweise der dieser genau entsprechenden selbstschuldnerischen Bürgschaft des heutigen Rechts befugt ist, den Bürgen an erster Stelle zu belangen, folgert Vangerow, dass der Gläubiger notwendigerweise den Hauptschuldner ganz aus den Augen lassen dürfe[2]).

[1]) A. a. O. § 578 Anm. 4.

[2]) Diese Folgerung wird vielfach gezogen, vergl. z. B. Thibaut, a. a. O. S. 13. — Seufferts Archiv, Bd. VII No. 312 ad 1. — R.G.Entsch., Bd. XVIII No. 48.

Dagegen ist zu bemerken, dass in der angeführten Quellenstelle doch lediglich entschieden ist, der Gläubiger dürfe sich an den Bürgen auch vor dem Hauptschuldner halten. Hiergegen soll der Bürge eine exceptio nicht haben. Ob aber der Gläubiger nicht trotz dieses Wahlrechts irgend welche Verpflichtungen, die Zeit der Belangung betreffend, haben kann, davon ist in der lex cit. kein Wort gesagt und sollte dort sicherlich gar nicht entschieden werden. Vielmehr ist eben nur die Reihenfolge der Belangung dem Gläubiger überlassen worden, und eine Verpflichtung des Gläubigers, z. B. den Bürgen zu einer Zeit zu belangen, wo der Hauptschuldner noch zahlungsfähig ist[3]), verträgt sich sehr wohl mit der angeführten Entscheidung, ohne irgend einen Widerspruch zu enthalten. Dann ergiebt sich aber, dass aus l. 62 cit. nicht das notwendige Nichtvorhandensein einer derartigen Verpflichtung gefolgert werden kann. L. 62 fällt also für die Frage nach der Diligenzpflicht gänzlich fort, und ein näheres Eingehen auf dieselbe ist erforderlich[4]).

§ 4.

a. l. 95 § 11 D. 46, 3.

Zum Beweise einer Diligenzpflicht wird fast durchweg in erster Linie l. 95 § 11 D. 46, 3 angeführt[1]):

l. 95 Papinianus (libro XXVIII. Quaestionum). § 11. Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit,

[3]) Eine solche Diligenzverpflichtung kann z. B. vertragsmässig vereinbart sein, oder aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten folgen. Im ersten Falle geschah dies durch formlosen Nebenvertrag, c. 28 i. f. C. h. t.

[4]) Diesen Erörterungen schliessen sich die Meisten stillschweigend dadurch an, dass sie unter Übergehung der l. 62 cit. die Frage nach der Diligenzpflicht näher in Erwägung ziehen. So u. A. Girtanner, Hasenbalg, Arndts, Dernburg.

[1]) z. B. Griesinger, a. a. O. S. 215. — Weber, a. a. O. § 115 S. 503. — Puchta, Pandekten, § 405 Note q. r. — Seuffert, a. a. O. S. 342 § 385, Anm. 26. — Holzschuher, a. a. O. S. 1002 zu 15. — Seufferts Archiv Bd. VII No. 311, Bd. XX No. 36.

prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, quum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.

Die Stelle besagt also: wenn der Gläubiger durch seine Schuld den Prozess gegen den Hauptschuldner verloren hat, so soll er seines Anspruchs gegen den mandator verlustig gehen, da er durch eigenes Versehen ausser Stande ist, demselben die Klagen gegen den Hauptschuldner zu cedieren.

Allein, was hier für das Kreditmandat gesagt ist, auf die gewöhnliche Bürgschaft auszudehnen erscheint mehr als bedenklich. Papinian spricht in der angezogenen Entscheidung nur das aus, was für die Mandatsbürgschaft schon eine Folge der vom Gläubiger durch das Mandat übernommenen Kontraktspflichten ist. Nach den unbestritten zur Anwendung gelangenden Mandatsgrundsätzen[2]) hat der Mandatar, hier der Gläubiger, alles an den Mandanten herauszugeben, was er infolge des Mandats in Händen hat, also auch Klagerechte oder sonstige Ansprüche. Hierzu kann er nicht nur einredeweise, sondern auch klageweise mittels der actio mandati directa gezwungen werden[3]), und haftet dabei für omnis culpa. Hat er also schuldhafterweise seine Fähigkeit zur Klagencession verloren, so steht seinem Anspruch gegen den Mandatsbürgen eine exceptio entgegen, so lange er zur Cession der Klagen nicht im Stande ist.

Demgegenüber hat der Anspruch des fideiussor auf Klagencession eine wesentlich andere Natur. Sie folgt nicht aus dem Bürgschaftsvertrage als solchem, sondern ist dem Bürgen als Rechtswohlthat zu teil geworden. Doch kann er diese nur einredeweise mittels exceptio doli, und nicht, dem mandatum credendi entsprechend, klageweise durchführen.

---

[2]) Vergl. l. 27 § 5 D. 17, 1.

[3]) Auf diesen Punkt macht mit Recht aufmerksam Geib, a. a. O. S. 156 ff.

Aus diesen Verschiedenheiten ergiebt sich, dass die l. 95 § 11 cit. nicht vom mandatum credendi auf die fideiussio ausgedehnt werden, und daher ein Beweis für eine Diligenzpflicht bei dieser daraus nicht entnommen werden darf[4]).

b. c. 18 C. 8, 41.

Für die Diligenzpflicht wird weiter angeführt c. 18 C. 8, 41:

> c. 18. Imp. Philippus A. et Philippus C. Smyrnae. Si, ut proponis, fundum ob debitum obligatum non iusto pretio vendidisti, residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem servare potuisses, refundi tibi a fideiussore non iure poscis.

Hat also der Gläubiger einen ihm verpfändeten Acker zu geringerem Preise verkauft, als er hätte erhalten können, so soll er keinen Anspruch gegen den Bürgen wegen seines Ausfalls haben.

Damit wird ausgesprochen, dass der Gläubiger wegen eines durch eigene Schuld erlittenen Nachteils bei Eintreibung der Hauptschuld den Bürgen nicht belangen kann, da er hinsichtlich desselben dem Bürgen einen begründeten Anspruch gegen den Hauptschuldner nicht cedieren kann, sondern dieser stets eine aus der Nachlässigkeit des Gläubigers hergeleitete Einrede haben würde.

Hiermit wäre nun offenbar eine Diligenzpflicht deutlich für vorhanden erklärt. Gewichtige Gründe sprechen jedoch dafür, dass die vorliegende Stelle eine fideiussio indemnitatis zum Gegenstande hat.

Schon der Zusammenhang mit der vorhergehenden c. 17 C. eod.[5]) führt überzeugend zu diesem Schlusse. Sie

---

[4]) Dasselbe gilt z. B. auch von l. 27 § 5, l. 28 D. 17, 1.

[5]) Omissis quoque pignoribus fideiussorem a creditoribus utiliter conveniri, nisi in id, quod ex his refici non potuerit, acceptus sit, explorati iuris est.

besagt, dass der Bürge ohne Rücksicht auf ein für die Hauptschuld gegebenes Pfand belangt werden kann, ausser wenn er sich nur für den Teil der Schuld verbürgt habe, den der Pfanderlös nicht decke. Verbindet man damit die c. 18 cit., so geht sichtlich der Gedankengang ohne Unterbrechung logisch weiter. Wenn nämlich der Gläubiger im zweiten Falle schuldhafterweise nicht einen so hohen Erlös aus dem Pfande, als es möglich gewesen wäre, erhält, so soll für die Differenz zwischen dem erzielbaren und dem erzielten Preise der Bürge nicht verhaftet sein. Er hat sich nämlich für den Teil der Schuld verpflichtet, der ex pretio pignoris servari non posset. Darin liegt eine Bedingung, welche der Gläubiger nicht völlig erfüllt, wenn er durch seine Schuld das Pfand zu billig verkauft, denn von einem „non posse“ kann dann nicht die Rede sein, wenn er ohne seine Nachlässigkeit sehr wohl einen höheren Preis erzielen konnte.

Diese Auffassung wird durch den ganzen Wortlaut der c. 18 cit. unterstützt. Der Ausdruck „residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem servare potuisses“, entspricht genau dem „in id, quod ex his — sc. pignoribus — refici non potuerit“, der vorhergehenden c. 17 eod. Beide Redewendungen aber enthalten in gleicher Weise den Inhalt der Indemnitätsbürgschaft, nämlich als Gegenstand der Verpflichtung „quod a debitore (pignore) servari (s. refici) non potuit.“

Schliesslich ist es keineswegs wahrscheinlich, dass in der c. 17 cit. ausgesprochen wird, der Bürge könne vor Verkauf des Pfandes belangt werden, in c. 18 cit. aber sogleich ein Fall der entgegengesetzten Art angefügt wird, in welchem gesagt wird, dass im Gegensatz der Gläubiger nicht einmal das Pfand billiger verkaufen, geschweige denn dasselbe ganz ausser Acht lassen darf. Zudem ist wohl damals[6])

---

[6]) Im Jahre 244.

die Indemnitätsbürgschaft so sehr die Regel gewesen, dass man auch ohne besonderen Hinweis sofort an eine solche gedacht haben mag, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil erwähnt war[7]).

Alle diese Gründe lassen es zum mindesten nicht gerechtfertigt erscheinen, aus der c. 18 cit. endgültig einen Schluss dahin zu ziehen, dass die Römer eine Diligenzpflicht des Bürgschaftsgläubigers gekannt haben, wenn nicht etwa noch andere Quellenstellen die gleiche Entscheidung treffen.

§. 5.

a. l. 17. 36 D. 46, 1.

Sowohl für, wie gegen die Diligenzpflicht werden ferner angeführt l. 17 D. 46, 1:

> l. 17. Julianus (libro LXXXIX. Digestorum). Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.

l. 36 eod.:

> l. 36. Paulus (libro XIV. ad Plautium). Quum is, qui et reum, et fideiussores habet, ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici, nullas iam esse, quum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit; et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

In den Ausdrücken „compellatur, —, vendere ceterorum nomina“ sowie „tenetur, ut praestet actiones“ wird von manchen eine bedingungslos ausgesprochene Cessionspflicht für den Fall der Zahlung gefunden. Daraus folgt dann, dass der Gläubiger insoweit seiner Ansprüche gegen den

---

[7]) Vergl. auch Hasenbalg, a. a. O. S. 538 ff. und Kübel bei Sarwey, a. a. O. S. 277; — ferner Seufferts Archiv, VII S. 312 ad 1.

Bürgen verlustig geht, als er durch eigene Schuld zur Cession derselben nicht im Stande ist.

Hiergegen wird mit Recht geltend gemacht[1]), in den angeführten Stellen werde keineswegs unbedingt eine Cessionsverbindlichkeit ausgesprochen, sondern nur gesagt, soweit Ansprüche gegen den Hauptschuldner bei der Zahlung gerade noch vorhanden seien, müssten sie gegen Befriedigung vom Gläubiger cediert werden.

Diese Ansicht wird durch den in beiden Stellen herangezogenen Gesichtspunkt des Kaufs unterstützt. Denn wo von einem solchen die Rede ist, wenn auch nur beispielsweise, muss jedenfalls ein Fall vorgelegen haben, in welchem irgend etwas Kaufbares, das heisst also noch irgend ein Anspruch gegen den Hauptschuldner vorhanden war[2]). Dass aber ein solcher cediert werden muss, ist keinerseits bestritten. Hiernach ergeben auch diese beiden Quellenstellen in keiner Richtung einen Anhalt zur Entscheidung der vorliegenden Frage.

b. c. 21 C. 8, 41.

Auch die c. 21 C. 8,41 wird mit Unrecht als Beweis einer Diligenzpflicht angesehen[3]):

> c. 21 Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Juliano. Sicut eligendi fideiussores creditor

---

[1]) z. B. Girtanner, a. a. O. S. 469. — Hasenbalg, a. a. O. S. 408.

[2]) Dazu führt auch die in l. 36 cit. behandelte Kontroverse, ob nicht der Anspruch des Gläubigess gegen den Hauptschuldner durch Zahlung seitens des Bürgen erloschen sei, daher nicht mehr cediert werden könne; die Entscheidung kann also nur den Fall im Auge haben, in dem ein solcher Anspruch zur Zeit der Zahlung noch vorhanden war; vergl. Hasenbalg, a. a. O. S. 408.

[3]) Hasenbalg, a. a. O. S. 409, liest merkwürdigerweise grade aus dieser Stelle als, allerdings von ihm selbst bekämpftes, die Diligenzpflicht aussprechendes Resultat heraus, „dass der Gläubiger unter allen Umständen, um Erfüllung vom fideiussor zu erlangen, einen diesem abzutretenden Anspruch besitzen müsse“, dass dies auch dann der Fall sei, wenn er den Anspruch gegen den Hauptschuldner ohne eigene Schuld eingebüsst habe.

habet potstatem, ita intercessorem, postulantem cedi sibi hypothecae sive pignoris obligata iure non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgeri.

Hieraus geht wohl mit genügender Klarheit hervor, dass wieder ein Fall vorliegt, in welchem der Gläubiger noch einen cedierbaren Anspruch gegen den Hauptschuldner hat. Andernfalls wäre es kaum verständlich, warum hier von einem Intercedenten die Rede ist, der vor der Zahlung Übertragung grade einer Hypothek oder eines Faustpfandes verlangt. Mit keinem Worte ist angedeutet, dass hier dem Gläubiger das genannte Pfandrecht nicht mehr zustehe. Der Sinn ist vielmehr einfach: der Gläubiger kann zwar unter mehreren Bürgen wählen, welchen er belangen will, muss aber auf dessen Verlangen vor der Zahlung ihm das für die Schuld bestellte Pfandrecht cedieren. Dass er dazu im vorliegenden Fall noch im Stande ist, zeigen mit genügender Deutlichkeit die Worte „nisi mandata super hac re fuerit persecutio", die sonst wohl sicherlich nicht so gefasst wären. Eine Entscheidung der Frage nach der Diligenzpflicht ist daher auch hieraus nicht zu entnehmen[4]).

§ 6. l. 22. 32. 23 D. 2, 14; l. 15 § 1 D. 46, 1.

Eine deutliche Verwerfung[1]) der Diligenzpflicht scheint in folgenden Quellenstellen enthalten zu sein:

l. 22 D. 2, 14.

l. 22. Ulpianus, libro IV. ad Edictum. — nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur; tunc enim fideiussor exceptione non utetur.

l. 32 eod.

l. 32. Paulus libro III. ad Plautium. — Quod dictum

[4]) Dass nach den bisherigen Ausführungen die Schlussworte von nov. 4 cap. 1 „actionibus — a creditore sibi cessis" nichts beweisen können, bedarf kaum der Erwähnung.

[1]) Girtanner, a. a. O. S. 470.

est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fideiussori.

Der Sinn ist, dass ein mit dem Hauptschuldner geschlossenes pactum de non petendo in personam dem Bürgen keine Einrede gewähre, und ein pactum in rem auch nur, sofern der Bürge Regress gegen den Hauptschuldner habe.

Und ferner l. 23 eod:

l. 23. Paulus libro III. ad Edictum. Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest, a debitore pecuniam non peti; imo nec confideiussoribus proderit, neque enim quoquo modo cuiusque interest. Cum alio conventio facta prodest, sed tunc demum, quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat, sicut in reo promittendi et his, qui pro eo obligati sunt.

l. 15 § 1 D. 46, 1.

l. 15. Iulianus (libro LI. Digestorum) § 1. Si ex duobus, qui apud te fideiusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur; esti ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris; reliqua autem quinque si a priore fideiussore petere institueris, doli mali exeptione summoveris.

In beiden Stellen wird gesagt, dass ein mit dem Gläubiger geschlossenes pactum de non petendo eines Bürgen dem Mitbürgen nichts nütze[2]).

In einem vom Gläubiger geschlossenen pactum de non petendo mit dem Hauptschuldner oder einem Bürgen

---

[2]) Vergl. dazu Sande, a. a. O. cap. VI § 49 i. f.

liegt allerdings eine absichtliche Klagenvernichtung, die ihn ausser Stande sein lässt, dem Verlangen des Bürgen nach Cession bei der Zahlung entsprechen zu können. Fasste man also die citierten Stellen als allgemein gültig auf, so würde man damit notwendig zur Verwerfung der Diligenzpflicht kommen.

Freilich lassen mehrere Gründe eine solche Anwendung nicht gerechtfertigt erscheinen. Wenn auch unstreitig ausgesprochen ist, dass in den bezeichneten Fällen dem Bürgen, beziehungsweise Mitbürgen eine exceptio **pacti** nicht zustehe[3]), so lässt doch die Stellung der ersten drei Entscheidungen im 14. Titel „de pactis" des II. Buchs der Pandekten zum mindesten unsicher, ob in diesen Fällen überhaupt jede exceptio, daher auch die im beneficium cedendarum actionum liegende exceptio doli versagt werden soll[4]). Möglicherweise ist an die römischen Juristen eine solche Frage gar nicht herangetreten, weshalb sie sich begnügten, dieselbe mit Beziehung auf die exceptio pacti zu beantworten.

Jedenfalls wäre es sehr bedenklich, nur auf Grund dieser Quellenstellen eine Diligenzpflicht verwerfen zu wollen, da weitere Stützpunkte für eine derartige Entscheidung in den Quellen nicht zu finden sind.

B. Die Entscheidung aus inneren Gründen verwirft einen Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen.

§ 7.

Innere Gründe allein haben daher den richtigen Weg zu weisen. Der Entstehungsgrund des beneficium cedendarum actionum wird zur Beurteilung des Charakters dieser Rechtswohltat wesentlich sein.

---

[3]) Vergl. Hasenbalg, a. a. O. S. 409 ff.

[4]) Vergl. hierzu Hering, a. a. O. cap. XXVII, pars III. n. 2.

Der Grund für die zunächst gewohnheitsrechtliche Entstehung[1]) und spätere gesetzliche Anerkennung und Festsetzung liegt darin, dass für den Gläubiger durch Zahlung seitens des Bürgen die Ansprüche gegen den Hauptschuldner unbrauchbar werden, da er wegen deren schon Befriedigung erlangt hat und sie nun erfolgreich nicht noch einmal geltend machen kann[2]). Dagegen ist der Bürge sehr wohl dazu im Stande, weil er nicht seine, sondern eine fremde Schuld gezahlt hat, für deren Auslage er in der Regel Ersatz haben will. Für diesen Ersatzanspruch kann ihm nun der etwa cedierte Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ein wertvolles Mittel sein, sei es, dass der Bürge bereits aus dem der Bürgschaft zu Grunde liegenden Regressverhältnis regressberechtigt ist[3]), sei es, dass er einer Regressklage zunächst noch ermangelt[4]). Im ersten Falle wird ihm eine Cession der Ansprüche des Gläubigers den Regress unter Umständen wesentlich erleichtern, im zweiten sogar erst ermöglichen[5]). Der Gläubiger ist daher in der Regel freiwillig bereit, gegen Auszahlung die Cession der für ihn wertlosen Ansprüche vorzunehmen, doch ist dem Bürgen später ein festes gesetzliches Anrecht darauf durch das beneficium cedendarum actionum eingeräumt worden, da es unbillig schien, dass der Gläubiger die Cession ohne eigenen Vorteil zum Nachteil des Bürgen diesem verweigern könne.

Hieraus ergiebt sich bereits, dass von einer zur Cession drängenden Billigkeit ursprünglich nur dann die Rede sein

---

[1]) Girtanner, a. a. O. S. 99.

[2]) Die exc. rei iudicatae würde dies bewirken, denn die erfüllte Schuld des Bürgen und die des Schuldners sind eadem obligatio, vergl. l. 1 § 8 D. 44, 7.

[3]) d. h. die actio mandati oder negotiorum gestorum contraria als Regressklage hat.

[4]) Dass dem Bürgen auch hier das ben. ced. act. zusteht, wurde oben S. 14 ff. nachzuweisen versucht.

[5]) Vergl. oben S. 15 und Anm. 6 S. 13.

konnte, wenn der Gläubiger einen cedierbaren Anspruch noch besass, der durch Zahlung für ihn unbrauchbar wurde. War er dagegen durch irgend einen Grund[6]) materiell seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner verlustig gegangen, so alterierte die Unmöglichkeit der Cessiod nie Verbindlichkeit des Bürgen anfangs jedenfalls nicht; denn diese Bürgschaftsverbindlichkeit und die Cessionsverbindlichkeit des Gläubigers sind keineswegs gleichwertig. Die erste ist unbedingt vorhanden, die zweite ist eine erst später dem Bürgen aus Billigkeitsrücksichten gewährte Rechtswohlthat. Danach fehlte es aber an einem Gegenstand für die Diligenzpflicht des Gläubigers im klassischen Recht.

Demnächst erhebt sich die Frage, ob sich etwa das beneficium cedendarum actionum im römischen Recht in der Richtung weiter entwickelt hat, dass es den Bürgen vor Erfüllung zu schützen im Stande gewesen ist, wenn der Gläubiger sich durch Zuthun oder Unterlassungen selbst in die Lage versetzt hat, keinen erfolgreichen Anspruch mehr cedieren zu können.

Eine solche Weiterbildung ist jedoch im Begriffe der Bürgschaft keineswegs begründet. An sich[7]) ist der Bürgschaftsvertrag nur einseitiger Natur, der Gläubiger hat, — abgesehen von den Bestimmungen der Novelle 4 — nur Rechte, der Bürge nur Pflichten. Ein Gegenstand für eine Verpflichtung des Gläubigers zur diligentia ist also ursprünglich nicht vorhanden, da das beneficium cedendarum actionum nur dem vorbeugen soll, dass der Gläubiger aus Chikane dem Bürgen die Cession weigert, während im Falle der — gleichgültig wodurch entstandenen — Unmöglichkeit der Cession von chikanöser Cessionsweigeruug nicht die Rede sein kann. Somit konnte dem Gläubiger,

[6]) Vom Falle des dolus ist überall nicht die Rede, da hier ja ohne Weiteres immer mangels anderer Klagen die actio doli begründet wäre.

[7]) d. h. ursprünglich, wie er z. B. im römischen Recht war.

wie er auch mit dem Anspruch gegen Hauptschuldner umging, eine culpa vom Bürgen nicht vorgeworfen werden. Billigkeitsrücksichten kamen aber im römischen Rechte bei der Bürgschaft als stricti juris contractus noch nicht in Betracht[8]). Überhaupt war das klassische römische Recht der Sicherung des Gläubigers günstiger gesinnt, als der des Bürgen[9]), die erst in Justinians Novellen vorherrschend berücksichtigt zu werden begann, obwohl auch hier das Rechtsinstitut des beneficium cedendarum actionum kaum weiter fortgebildet worden ist.

Es erscheint daher als durchaus gerechtfertigt, vom Standpunkte des römischen Rechts aus eine Haftung des Gläubigers für verschuldeten Klagenverlust abzulehnen. Der Bürge kann in diesem Sinne mit der exceptio cedendarum actionum sive doli nur Abtretung der im Augenblicke der Zahlung noch vorhandenen Ansprüche verlangen, und einen Schutz vor dem Erfüllenmüssen gewährt ihm die Rechtswohlthat auch dann nicht, wenn er gegen Tilgung der Bürgschaftsschuld überhaupt nur materiell gänzlich erfolglose Ansprüche gegen den Schuldner cediert erhält[10]), sofern der Gläubiger sich ihm gegenüber nicht in dolo befindet. Die im beneficium cedendarum actionum liegende exceptio doli hat also im römischen Recht den Sinn, dem Gläubiger die darin liegende Unredlichkeit vorzuwerfen, dass er die Abtretung seiner für ihn wertlos gewordenen Ansprüche gegen den Hauptschuldner an den Bürgen weigert[11]).

Die hier gewonnene Entscheidung geht also dahin,

---

[8]) Windscheid, a. a. O. Bd. I § 46 Anm. 4.

[9]) Girtanner, a. a. O. S. 200.

[10]) Natürlich ist hier überall nicht von dem Fall die Rede, dass die Verbindlichkeit des Schuldners nicht mehr vorhanden ist, da dann die accessorische Obligation des Bürgen von selbst weggefallen wäre. Es handelt sich also nur um irgendwie ganz oder teilweise entkräftete, aber bestehende Verbindlichkeiten des Schuldners.

[11]) Vergl. auch Savigny, a. a. O. S. 242 und Note 9.

dass ein Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen im römischen Recht sowohl nach den Quellen, wie aus in der Rechtswohlthat selbst liegenden Gründen sich nicht ergiebt. Dieser Ansicht schliessen sich überwiegend Theorie und Praxis an[12]), obwohl zum Teil verschiedene Wege eingeschlagen worden sind[13]).

[12]) Vergl. z. B. Hasenbalg, a. a. O. S. 411. — Puchta, Vorlesungen S. 271 Anm. 4. — Windscheid, a. a. O. § 478 Anm. 10. — Dernburg, a. a. O. § 82 Anm. 7. — Eck, a. a. O. S. 264 IX. — R.G.Entsch., Bd. XVIII No. 48 S. 237. — Seufferts Archiv, Bd. XI No. 243. u. a. m.

[13]) z. B. Girtanner, der, wie oben S. 24 f. dargestellt, das hier gebilligte Resultat aus den ll. 22. 23. 32 D. 2, 14; 15 § 1 D. h. t. gewinnt, ferner Vangerow, a. a. O. § 578 Anm. 4, der auf Grund der l. 62 D. h. t. eine Erörterung der vorliegenden Frage überhaupt ablehnt; vergl. oben S. 17 ff.

Zweiter Teil.

Der Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen nach gemeinem Recht.

§. 8. Begründung der Annahme.

Ist die selbstschuldnerische Bürgschaft des heutigen gemeinen Rechts ihrem Charakter nach ganz derjenigen des römischen Rechts entsprechend, so dass auch jetzt die Auffassung desselben Geltung behielte, oder haben sich allmählich Verschiedenheiten entwickelt, die einen Umschwung der Verkehrsansichten zur Folge haben und etwa eine andere Entscheidung der Frage nach den Rechten und Pflichten des selbstschuldnerischen Bürgen rechtfertigen könnten?

Zur Beautwortung dieser Frage wird in erster Linie in Betracht kommen müssen, dass die Bürgschaft aus einem stricti juris Vertrage im römischen Recht zum bonae fidei Vertrage im heutigen Recht unbestritten[1]) geworden ist. Damit ist für das geltende Recht ein ganz neuer Faktor zur Beurteilung der Bürgschaftsverbindlichkeit gegeben. Der heutige Bürgschaftsvertrag ist also nicht mehr, wie im römischen Rechte, strikt zu interpretieren, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen von Recht und Billigkeit im Verkehre[2]). Ob diese Verschiedenheit auch eine

[1]) Windscheid, a. a. O. S. 718 Anm. 1. — Dernburg, a. a. O. § 78.

[2]) l. 219 D. 50, 16: in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit.

veränderte Auffassung der Rechte des Bürgschaftsgläubigers und der Pflichten des Bürgen begründen kann, muss mangels gesetzlicher Bestimmungen auch im heutigen gemeinen Rechte aus inneren Gründen entschieden werden.

In der Regel[3]) wird verneint, dass die Billigkeit irgendwie eine vom römischen Rechte abweichende Entscheidung rechtfertige. Zur Stütze dieser Ansicht wird ausser den bereits bei der Untersuchung des römischen Rechts hervorgehobenen Gesichtspunkten im einzelnen meist in folgender Weise argumentiert: wenn der Gläubiger an erster Stelle den Bürgen belangen dürfe, so sei er folglicherweise sogar befugt, den Hauptschuldner ganz aus den Augen zu lassen[4]). Gerade den Zweck habe ja für ihn die Bürgschaft, gegen Insolvenz des Schuldners sichergestellt zu sein. Um so weniger könne er für irgend eine Nachlässigkeit in Betreibung desselben haftbar gemacht werden. Dies zu thun, heisse den Schutz des Bürgen entschieden zu weit ausdehnen. Der Bürge habe sich vor Schaden zu schützen und dürfe nicht erwarten, dass der Gläubiger zu seinen Gunsten irgend welche Schritte thun werde. Eine Verpflichtung dazu diesem aufzuerlegen, sei gleichbedeutend damit, ihm „negotia" des Bürgen aufzubürden. Auch werde der Sicherungszweck der Bürgschaft durch eine derartige Diligenzpflicht sehr verringert, wie überhaupt der ganze Vertrag damit bedeutend an Wert verliere. Bei Auferlegung einer Diligenzpflicht nämlich habe der Gläubiger dieselbe Sorgfalt aufzuwenden, wie ohne die Bürgschaftsleistung. Das ihm durch die exceptio cedendarum actionum vorgeworfene Unrecht könne doch höchstens darin bestehen, dass durch sein Vorgehen dem Bürgen der Re-

[3]) Vergl. oben S. 30 Anm. 12 u. 13.

[4]) Vergl. hierzu oben S. 17 und die dort Anm. 2 Citierten, sowie zu den folgenden Erörterungen Protokolle der Dresdener Kommission, a. a. O. S. 3473 ff., 3489 ff.

gress genommen werde[5]). Dies sei deshalb nicht möglich, weil dieser in der Regel als Regressklagen schon die actio mandati oder negotiorum gestorum contraria habe, er also der actio cessa nicht unbedingt bedürfe, in den übrigen Fällen aber bei der Bürgschaft invito reo, donandi animo oder in rem suam auf Ersatz überhaupt keinen Anspruch und nicht einmal das beneficium cedendarum actionum habe[6]). Schliesslich sei schon nach Pandektenrecht kein Bedürfnis nach einer derartigen Diligenzpflicht vorhanden gewesen, und es liege kein Grund vor, im heutigen gemeinen Rechte eine abweichende Entscheidung zu treffen[7]).

Hiergegen ist Verschiedenes zu erwidern. Zunächst ist bereits erwähnt, dass gegenüber dem römischen mit dem bonae fidei Charakter der Bürgschaft im geltenden gemeinen Recht sicherlich ein Gesichtspunkt gegeben ist, von dem aus betrachtet Rechte und Pflichten des Bürgschaftsverhältnisses sich sehr viel anders ausnehmen, als im Pandektenrecht. Die bona fides beim Vertrage zwingt beide Parteien, darauf Rücksicht zu nehmen, was recht und billig ist, und damit ändert sich teilweise die einseitige Natur des Bürgschaftsvertrages. Auch der Gläubiger hat nunmehr die Pflicht in Wahrung der Billigkeit mit seiner Forderung umzugehen, wofern er nicht Gefahr laufen will, seines Anpruchs gegen den Bürgen durch Entgegensetzung der exceptio doli verlustig zu gehen. Der Billigkeit entspricht aber sicherlich nicht, dass der Gläubiger durch Zögerung bei Eintreibung seiner Schuld, sei es vom Hauptschuldner, oder vom Bürgen, diesem seinen Regress verkümmert oder ganz und gar nimmt[8]).

---

[5]) So Girtanner, a. a. O. S. 473.

[6]) Vergl. oben S. 14 ff.

[7]) So Girtanner, a. a. O. S. 472. Der Ausdruck „schon im Pandektenrecht“ ist unverständlich, das Richtige wäre „noch etc.“; vergl. oben S. 29.

[8]) Vergl. auch l. 74 D. 50, 17: non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.

Vielmehr liegen Gründe genug vor, denselben zu schützen, wenn das geschehen kann, ohne dem Gläubiger Unrecht zu thun. Dieser hat allein den Vorteil vom Bürgschaftsvertrage, der Bürge zahlt eine fremde Schuld und der Regress ist oft schwierig für ihn, zumal in der Regel der Hauptschuldner für die Zahlung keine Sicherheit bietet[9]). Unter Umständen ist nun, wie oben[10]) dargelegt, der Bürge wegen seines Rückgriffs auf die actio cedenda angewiesen. Daher ist es unbillig, dass sich der Gläubiger, ohne selbst Nutzen davon zu haben, in die Lage versetzen darf, dem Cessionsanspruch des Bürgen nicht genügen zu können.

Durch die ihm aufzuerlegende Diligenzpflicht wird aber ferner der Gläubiger keineswegs gezwungen, seinerseits nur im Interesse des Bürgen vorzugehen. Vielmehr ist nicht abzusehen, inwiefern eine mässige Diligenzpflicht dem Gläubiger den Wert der Bürgschaft verkümmern, oder auch nur ihm lästig werden sollte. Es kann für ihn nur vorteilhaft sein, eher zu seinem Gelde zu kommen, sei es durch Belangung des Hauptschuldners oder des Bürgen. Auch dieser kann durch unvorhergesehene Zufälle zahlungsunfähig werden, und der Gläubiger würde dann weder von ihm, noch vom Hauptschuldner, um dessen Insolvenz er wusste, oder deren Näherrücken ihm bekannt war, etwas erlangen können. Daraus ergiebt sich, dass es schon an sich für den Gläubiger nicht geraten ist, mit der Beitreibung seiner Schuld zu warten.

Freilich kann hierzu der Gläubiger Gründe genug haben, zum Beispiel ein pactum de non petendo in tempus mit dem Hauptschuldner, dem er billiger Weise Stundung

---

[9]) Im entgegengesetzten Falle wäre ja die Bürgschaft überflüssig.

[10]) Ist dies aber richtig, so ist auch Girtanner widerlegt, dessen Ansicht oben S. 32 u. herangezogen wurde; denn Girtanner giebt selbst zu, dass in der Regressentziehung eine Unbilligkeit dem Bürgen gegenüber liege; vergl. S. 13 Anm. 6.

gewährt, zu schliessen. Liegen derartige Gründe vor, so wird ihm natürlich die Zögerung in exigendo nicht zum Vorwurf gemacht werden können[11]), und die etwa entgegengestellte exceptio cedendarum actionum des Bürgen verliert in solchem Falle ihre Kraft gegenüber der replicatio der Gläubigers.

Aus dem Gesagten ergiebt sich ferner auch, dass durch eine solche Diligenzpflicht der Sicherheitszweck der Bürgschaft nicht leidet, da der Gläubiger vielmehr veranlasst wird, seine Befriedigung zu suchen, solange der Hauptschuldner noch solvent ist. Dadurch erledigt sich auch der Einwand, dass der Gläubiger ja grade darum sich habe Bürgen stellen lassen, um gegen die Insolvenz des Schuldners sicher zu sein[12]). Diese Sicherheit erreicht er um so mehr, wenn er zu einer Zeit seine Schuld beitreibt, zu der sowohl Hauptschuldner, als auch Bürge zahlungsfähig sind.

Die Entgegnung schliesslich, dass die Diligenzpflicht dem Gläubiger eine Sorgfalt auferlege, wie er sie auch ohne die Bürgschaft üben müsste[13]), ist an sich begründet. Doch wird niemand behaupten wollen, dass der Zweck der Bürgschaft für den Gläubiger der sei, mit seiner Forderung sorgloser umgehen zu können. Der Zweck ist vielmehr allein der, dass die trotz jeder Sorgfalt immer vorhandene Gefahr eines Verlustes vermindert oder aufgehoben wird, und dieser Sicherungszweck leidet, wie erwähnt, keineswegs.

---

[11]) Vergl. Arndts, a. a. O. § 357 Anm. 2.

[12]) Damit kann natürlich nicht eine Insolvenz gemeint sein, die er quasi selbst z. B. durch ein pactum de non petendo in perpetuum herbeigeführt oder deren Eintreten er, ohne Grund zu haben, nachlässigerweise abwartet. Es wäre auch in sich ein Widerspruch, sich vor etwas schützen zu wollen, das man selbst veranlasst oder nicht abwenden mag. Für unverschuldeten Eintritt einer Insolvenz des Schuldners dagegen wird niemand den Gläubiger verantwortlich machen wollen, da dies ja grade der jeder Bürgschaft zu Grunde liegende Punkt ist.

[13]) Krüger, a. a. O. S. 543.

Damit dürften die Gründe für eine Ablehnung der Diligenzpflicht widerlegt sein, und es ergiebt sich, dass dem Gläubiger nichts Unbilliges mit derselben zugemutet wird, die für den Bürgen von ganz bedeutendem Nutzen sein kann. Im Allgemeinen gehen nämlich, was die rechtzeitige Ausklagung seitens des Gläubigers anlangt, seine und des Bürgen Interessen Hand in Hand. Ist dies aber der Fall, so ist damit die Annahme einer Diligenzpflicht gerechtfertigt[14]), und zwar beruht sie hier lediglich auf dem Einfluss des beneficium cedendarum actionum, das auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zur Seite steht. Es ist infolgedessen gleichgültig, ob sich die Diligenzpflicht noch aus dem Gesichtspunkte des beneficium ordinis rechtfertigen liesse[15]). Der Gegenstand der Diligenzpflicht ist mit demjenigen des bis zur Zahlung des Bürgen, nämlich den Ansprüchen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, identisch. Dass aber auch ohne sein Zuthun die Bedingtheit des Cessionsanspruchs des Bürgen in jedem Augenblick infolge Erfüllung der Schuld fortfallen kann, muss der Gläubiger wissen[16]). Mit dem Wegfall der Bedingtheit realisiert sich dann der Gegenstand der Diligenzpflicht und hat als von Anfang an vorhanden gewesen zu gelten. Wie weit jedoch der Einfluss des beneficium cedendarum actionum zum Schutze des Bürgen reicht, ist schliesslich noch festzustellen.

§ 9. Umfang.

Das Ergebnis des Bisherigen besteht darin, dass der Bürge dem Gläubiger mittelst der exceptio cedendarum actionum sive doli die Unbilligkeit erfolgreich entgegen-

---

[14]) Vergl. dazu Dernburg, a. a. O. Bd. I § 138, 4 S. 328. — Dresd. Entw., Art. 1013, 1016. — A. M. Mühlenbruch, a. a. O. S. 436. — Krüger, a. a. O. S. 541 u. a. m.

[15]) Vergl. oben S. 12 und die Anm. 1 S. 9 Citierten.

[16]) Vergl. dazu Sande, a. a. O. cap. VI § 44.

halten kann, welche in seiner Belangung zu einer Zeit enthalten ist, wo ihm ein Regress nur mehr schwierig oder ganz unmöglich ist. Daraus folgt jedoch, dass die exceptio cedendarum actionum nicht Platz greifen wird, wenn das Verhalten des Gläubigers nach Lage der Sache sich nicht als unbillig charakterisiert[1]). Dies kann in zwei Richtungen der Fall sein.

Einmal nämlich ist es möglich, dass der Gläubiger guten Grund hat, mit der Beitreibung seiner Schuld zu warten, sei es, dass er zur Zeit nicht in der Lage ist zu klagen, oder etwa das geschuldete Geld unterzubringen u. a. m., sei es, dass er mit seinem Schuldner Nachsicht hat und ihm Zeit lassen will, bis er wieder im Stande sei, die Schuld zu begleichen. So bemerkt auch Arndts[2]) treffend, dass „nicht schlechthin jede nachsichtige Zögerung des Gläubigers in Ausklagung des Schuldners jenem als ein Verschulden gegen den Bürgen angerechnet werden könne.“ Es wird deshalb jedesmal nach dem konkreten Thatbestande zu entscheiden sein, ob in dem Verhalten des Gläubigers eine schuldhafte Nachlässigkeit und Unbilligkeit dem Bürgen gegenüber erblickt werden kann. Dies wird zum Beispiel der Fall sein, wenn der Gläubiger gegen Hauptschuldner und Bürgen nicht klagt, trotzdem er sehr wohl weiss, dass jener in Vermögensverfall gerät, oder mit demselben ein pactum de non petendo schliesst, aus welchem dem Bürgen nach l. 22. 23 D. 2, 14[3]) die exceptio pacti nicht zusteht.

Liegt daher in der Handlungsweise des Gläubigers eine Unbilligkeit dem Bürgen gegenüber, so wird dieser dessen Ansprüchen mit Erfolg die exceptio cedendarum actionum entgegensetzen können, freilich nur insoweit, als

---

[1]) Vergl. Entsch. des R.O.H.G., Bd. IV S. 332.

[2]) a. a. O. § 357 Anm. 2.

[3]) wörtlich citiert oben S. 24 u. 25.

ihm durch die Schuld des Gläubigers ein Schaden[4]) erwachsen würde. Dies betont mit Recht Brinkmann[5]). Würde also der Regress des Bürgen nur teilweise erfolglos sein, so wird sich dieser auch nur soweit vor dem Erfüllenmüssen schützen können. Freilich ist der Schutz kein endgültiger, die exceptio cedendarum actionum als solche kann nie peremtorisch wirken[6]). Sowie der Gläubiger später wieder in der Lage ist, dem Cessionsanspruch des Bürgen zum Teil oder vollwirksam genügen zu können, kann er auch wieder von diesem Erfüllung insoweit verlangen, ohne dass seiner Klage die exceptio rei iudicatae entgegensteht. Günstigenfalls wirkt also die exceptio cedendarum actionum immer wieder dilatorisch[7]), die Verbindlichkeit des Bürgen bleibt stets bestehen, während eine peremtorische Einrede sie gänzlich aufheben würde[8]). Wenn Dernburg[9]) daher sagt, der Bürge werde frei, wenn ihm der Gläubiger durch Aufgabe von Rechten oder durch Nachlässigkeit in der Betreibung des Schuldners die gesetzlichen Hülfsmittel, die ihn vor Schaden wahren sollen, entzogen oder in ihrem Erfolge verkümmert habe, so ist dies in zweierlei Hinsicht ungenau. Einmal nämlich wird, wie oben dargestellt, der Bürge nicht „frei", sondern er ist zeitweise und nur so lange vor dem Erfüllenmüssen

---

[4]) z. B. auch dadurch, dass der Gläubiger schuldhafterweise ein Pfand zu billig verkauft, woraus der Hauptschuldner sowohl gegen ihn, wie bei Regressnahme gegen den Bürgen eine Einrede herleiten könnte: vergl. c. 18 C. 8, 21 und oben S. 20 ff.

[5]) Brinkmann, a. a. O. S. 268 ff. — Knorr, a. a. O. S. 176. — Seufferts Archiv, Bd. VII No. 34. — Kübel, Archiv, Bd. XV S. 163.

[6]) Die gegenteilige Behauptung ist mehrfach zu finden, so z. B. bei Puchta, Pandekten, § 405 Note q. r.; Vorlesungen S. 270. — Seuffert, a. a. O. S. 342 Anm. 26. — Chop, a. a. O. S. 70. — Seufferts Archiv, Bd. XX, No. 36.

[7]) Vergl. auch Hasenbalg, a. a. O. S. 652. — Mommsen, a. a. O. S. 9 ff.

[8]) Hat der Bürge daher trotz der ihm zustehenden Einrede erfüllt, so kann er das Geleistete nicht mit der condictio indebiti zurückfordern.

[9]) a. a. O. § 82, 3 S. 223.

geschützt, als der Gläubiger seinem Cessionsanspruch nicht mit Erfolg nachzukommen vermag. Zweitens aber ist der Bürge auch in der Weise nicht gänzlich geschützt, wenn ihm der Gläubiger die gesetzlichen Hülfsmittel nur in ihrem Erfolge verkümmert hat, sondern nur soweit sie keinen Erfolg mehr versprechen und jenem ein Schaden erwachsen würde.

Ausser den Fällen aber, in welchen das vom Bürgen dem Gläubiger vorgeworfene Verhalten als ein unbilliges nicht angesehen werden, daher die exceptio cedendarum actionum keine Wirkung haben kann, giebt es noch eine zweite Art, bei der eine Unbilligkeit auf Seiten des Gläubigers zwar vorhanden ist, aber vom Bürgen nicht erfolgreich geltend gemacht werden kann. Weiss dieser nämlich um den ihm durch die Handlungsweise des Gläubigers drohenden Schaden, und ist es ihm möglich, sich dagegen zu schützen, so ist es natürlich seine Sache, zu seinem Schutze die erforderlichen Schritte zu thun[10]). Unterlässt

---

[10]) Dies kann er auf mehrfache Weise. Steht ihm eine besondere Regressklage, ausser der actio cedenda des Gläubigers zu, so kann er aus l. 38 § 1 D. 17, 1 bezw. l. 45 § 5 eod., c. 10 C. 4, 35 gegen den Hauptschuldner auf Befreiung von der Bürgschaft klagen, sofern dies der Billigkeit entspricht, vergl. Arndts, a. a. O. § 356. — Windscheid, a. a. O. § 480, 3 S. 732. — Ferner kann der Bürge den Gläubiger befriedigen zu einer Zeit, wo die zu cedierenden Ansprüche noch nicht inhaltlos geworden sind. Die im Mittelalter entstandene provocatio ex lege 28 D. h. t. si contendat ist richtiger Ansicht nach durch den letzten Weg für das beneficium cedendarum actionum ganz zwecklos. Sie hat nämlich nur Zweck zur Erhaltung schützender Einreden, die also eine Nichtzahlung bezwecken. Die exceptio cedendarum actionum basiert aber grade auf Zahlung, und ist positiver Natur, da sie einen Anspruch geltend macht. Es wäre sinnlos, den Gläubiger klagend zwingen zu wollen, wozu man ihn durch einfaches Zahlungsanerbieten ebenso sicher bringen kann; der Zweck der provocatio wäre doch der, dass der Gläubiger gezwungen ist, zur Zeit derselben auf Erfüllung gegen den Bürgen zu klagen. Dieser umständliche Weg wird überflüssig dadurch, dass man den Gläubiger durch Zahlungsanerbieten zur Cession veranlasst oder ihn in Annahmeverzug setzt, für dessen Folgen er haftbar sein würde; vergl. Holzschuher, a. a. O. S. 989 ad § 311, 9. — A. M. Hasenbalg, a. a. O. S. 630 u. a. m.

er dies, so kann er nicht nachher sich auf einen ihm entstandenen Schaden berufen, den er durch eigene Sorgfalt hätte abwenden können, denn „quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire[11])“. Wollte der Bürge hier die exceptio cedendarum actionum geltend machen, so würde sie ohne Zweifel durch eine replicatio doli des Gläubigers aus dem Felde geschlagen werden, denn wenn der Bürge selbst sich zu schützen im Stande ist, so kann er naheliegenderweise nicht verlangen, dass zu seinem Schutze in erster Linie der Gläubiger thätig werde.

Das Ergebnis ist also dahin zusammenzufassen: der Bürge kann sich gegen den Anspruch auf Erfüllung der Bürgschaftsschuld mittels der exceptio cedendarum actionum schützen, so lange und so weit der Gläubiger infolge eines Zuthuns oder einer Unterlassung seinerseits dem begründeten Verlangen des Bürgen nach Cession der Ansprüche gegen den Hauptschuldner materiell wirksam nicht zu genügen vermag. Vorausgesetzt ist aber, dass das Verhalten des Gläubigers dem Bürgen gegenüber unbillig und dieser sich gegen den drohenden Schaden selbst zu schützen nicht im Stande gewesen ist.

Die Beweislast ist mit Brinkmann[12]) dem Bürgen aufzuerlegen, da dieser sich einredeweise zum Schutze vor dem Erfüllenmüssen auf den ihm durch das unbillige Verhalten des Gläubigers entstandenen Schaden beruft, und eine rechtliche Präsumtion für dessen Schuld in dieser Hinsicht in keiner Weise besteht. Jedoch ist dem gegenüber auch der Gläubiger zu dem Beweise zuzulassen, dass der Bürge sich selbst habe schützen können, dies aber nicht oder nicht genügend gethan habe, oder dass andererseits auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt seinerseits bei Eintreibung der Hauptschuld dem Bürgen

---

[11]) l. 203 D. 50, 17.

[12]) A. a. O. S. 269. — Kübel, Archiv Bd. XV S. 163.

derselbe Schaden entstanden sein würde[13]). Freilich wird ein Beweis der letzten Art sehr schwierig zu führen und nur selten erfolgreich sein. Gelingt er, so verliert die exceptio cedendarum actionum des Bürgen ihre Kraft, und dieser hat trotz etwa erlittenen Nachteils seine Verbindlichkeit zu erfüllen.

---

[13]) Vergl. dazu Seufferts Archiv, Bd. VII No. 34. — Sarwey, a. a. O. S. 68, 74.

Schluss.

Die Entscheidung der vorliegenden Kontroverse in der Gerichtspraxis. § 10.

Der Streit über die Diligenzpflicht in der Theorie hat sich natürlicherweise ganz entsprechend der praktischen Rechtsprechung mitgeteilt, wofür einige Beispiele angeführt werden sollen.

Vornehmlich auf Grund der l. 95 § 11 D. 46, 3[1]) kommt 1854 das Obertribunal zu Stuttgart[2]) zur grundsätzlichen Annahme der Diligenzpflicht, während 1848 das Oberappellationsgericht zu Lübeck[3]) mehr infolge des im heutigen Rechte zur Anwendung kommenden Prinzips der bona fides bei dem Bürgschaftsvertrage sich dahin ausspricht, dass der Gläubiger, der durch Nachlässigkeit nicht mehr im Stande sei, dem für seine Forderung bestellten Bürgen jura cessa zu erteilen, dadurch der richtigen Meinung nach seines Anspruchs gegen diesen verlustig gehe.

Das in diesen beiden Erkenntnissen zur Anwendung gelangende Grundprinzip ist richtig, aber in seiner Allgemeinheit nicht genau genug[4]).

Dem richtigen Resultat nähert sich dagegen beträchtlich ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Celle[5])

---

[1]) Vergl. oben S. 18, 19 wörtlich citiert.

[2]) Seufferts Archiv, Bd. VII No. 311.

[3]) Seufferts Archiv, Bd. VI No. 41; — ferner eod., Bd. VII No. 34, wo auf die l. 45 § 9 D. 49, 14; c. 7 C. 7, 73; c. 21 C. 8, 41 Bezug genommen wird.

[4]) Vergl. oben S. 37 ff.

[5]) Seufferts Archiv, Bd. XX No. 36.

vom Jahre 1865. Es gipfelt in dem Satze, dass das dem Bürgen zustehende beneficium cedendarum actionum, auch wenn der Bürge als Selbstschuldner sich verbürgte, insoweit die Natur einer peremtorischen Einrede gegen den Gläubiger annehme, als derselbe sich durch positives Handeln ausser Stand gesetzt habe, seiner Verpflichtung zur Abtretung der Klagen an den Bürgen nachzukommen[6]), einer Auffassung, der sich auch das Obertribunal zu Berlin[7]) im Jahre 1875 unter besonderer Betonung der Anwendung für die selbstschuldnerische Bürgschaft anschliesst[8]).

Ebenso aber, wie in den angezogenen Erkenntnissen die Annahme der Diligenzpflicht teils auf Quellenstellen, teils auf innere Gründe gestützt wird, geschieht es bei den zur Verwerfung derselben gelangenden.

Aus inneren Gründen wendet sich gegen die Diligenzpflicht das Oberappellationsgericht zu Celle[9]) im Jahre 1829, da diese nach der Natur des Bürgschaftsvertrages und gesetzlich überhaupt nicht vorhanden sei[10]).

Für den Fall der selbstschuldnerischen Bürgschaft im besonderen spricht sich in demselben Sinne aus ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Jena[11]) vom Jahre 1841 bei dem Beispiele des Konkurses. Der Bürge solle bei erfolgter Verzichtleistung auf das beneficium excussionis keine Einrede gegen den Gläubiger haben wegen einer von diesem verschuldeten Präklusion seiner Haupt-

---

[6]) Zu diesem Ergebnis gelangt das Oberappellationsgericht arg. der oben S. 19 und S. 22 näher besprochenen l. 95 § 11 D. 46, 3; ll. 17. 36 D. 46, 1.

[7]) Seufferts Archiv, Bd. XXXI No. 33.

[8]) Inwiefern die hier ausgesprochene Ansicht ungenau ist, darüber vergl. die Erörterungen oben S. 37 ff.

[9]) Seufferts Archiv, Bd. XI No. 243.

[10]) Diese schroffe Ablehnung darf wohl auf die 1826 erschienene Abhandlung von Bothmers, a. a. O. S. 15 ff. zurückgeführt werden, der in ähnlicher Weise das Vorhandensein einer Diligenzpflicht sowohl für die Bürgschaft cum beneficio excussionis, wie für die selbstschuldnerische verneint.

[11]) Seufferts Archiv Bd. XVI No. 112.

forderung im Konkurse des Hauptschuldners. Hierzu wird ausdrücklich auf die Erörterungen Jägers[12]) verwiesen, der dieselbe Ansicht vertritt[13]).

Auf Grund der mehrfach citierten l. 62 D. h. t.[14]) verwirft das Obertribunal zu Stuttgart[15]) 1853 die Diligenzpflicht mit der Begründung: wenn der Gläubiger nicht verbunden sei, vor Belangung des Bürgen sich an den Hauptschuldner zu halten, so könne der Bürge nicht durch solche Unterlassungen des Gläubigers seiner Verbindlichkeit ledig werden[16]).

Die neuere Rechtsprechung schliesslich hat sich wieder zu der Auffassung des römischen Rechts zurückgewendet und verneint infolgedessen insofern mit Recht die Diligenzpflicht des Bürgschaftsgläubigers, da dieselbe auch der hier vertretenen Ansicht nach im römischen Recht nicht bestand.

Am weitesten in dieser Richtung geht dabei das vormalige Reichsoberhandelsgericht[17]). Es ist nicht nur gegen die Diligenzpflicht, sondern will sogar den Gläubiger nicht einmal für Verität der — noch vorhandenen — zu cedierenden Forderung gegen den Hauptschuldner haften lassen, wenn er dem Bürgen nur die Mittel zur Geltendmachung der cedierten Forderung in die Hand gebe! Dass dies die Konsequenzen der Einseitigkeit des Bürgschaftsvertrages zu weit treiben heisst, ist ersichtlich.

Endlich hat sich das Reichsgericht[18]) dahin ausge-

---

[12]) Jäger, a. a. O. S. 231 ff.

[13]) Vergl. auch oben S. 9 und 10.

[14]) wörtlich oben S. 17.

[15]) Seufferts Archiv, Bd. VII No. 312 ad 1.

[16]) Dass diese Ausführungen zwar den Schein für sich haben, aber im Grunde nicht richtig sind, wurde oben S. 17 ff. nachzuweisen versucht.

[17]) Entsch., Bd. XIX No. 111 S. 387; vergl. auch Bd. IX No. 55 S. 189; Bd. XXI No. 67 S. 213; Bd. XXIX No. 36 S. 143 f.

[18]) Entsch. in Civilsachen, Bd. XVIII No. 48 S. 237 f., die Quellenstellen sind l. 62 D. h. t.; ll. 21. 22. 32 D. 2, 14.

sprochen, und zwar aus den oben mehrfach erwähnten Quellenstellen, sowie den auf der Einseitigkeit und dem Sicherungszweck des Vertrages beruhenden Gründen, dass ein Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen nicht anzunehmen sei.

Damit dürfte für die jetzige Praxis die Kontroverse über die Diligenzpflicht hinsichtlich des beneficium cedendarum actionum einstweilen erledigt sein, und zwar in einer der oben dargestellten Ansicht entgegengesetzten Weise. Wie sie im künftigen gemeinen Rechte sich darstellen wird, soll zum Schluss kurz erwähnt werden.

§ 11. im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Die erste und zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich behandeln die vorliegende Frage in vollständig gleicher Weise, wie das Reichsgericht. Auch der Entwurf stellt sich auf den Standpunkt des strikten römischen Rechts und weist jede Diligenzpflicht, sowohl die aus dem beneficium ordinis, wie die aus dem beneficium cedendarum actionum sich ergebende, ab[1]). Die Begründung dieser Entscheidung ist die des Reichsgerichts und derjenigen überhaupt, die die Diligenzpflicht aus inneren Gründen ablehnen, ohne sich auf die Quellen zu berufen. Das Recht des Bürgen auf Klagabtretung soll also auch nach dem Entwurf nur das Recht auf Erlangung der gerade noch vorhandenen Ansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner sein, wie sie zur Zeit der Erfüllung seitens des Bürgen bestehen. Ausdrücklich wird betont, dass das Prinzip der bona fides bei Erfüllung der Verträge die Diligenzpflicht nicht rechtfertigen könne. Endlich sei eine bestimmte Abgrenzung derselben doch nicht möglich, ohne beträchtliche praktische

[1]) Motive, a. a. O. S. 679.

Bedenken hervorzurufen. Auch hier wird gegen die Diligenzpflicht eingewendet, dass durch Auferlegung derselben der Wert der Bürgschaft für den Gläubiger beträchtlich leiden würde.

Auf alle diese Entgegnungen ist bereits oben[2]) ausführlich eingegangen worden.

Der Entwurf beseitigt daher in diesem Sinne im § 676 der ersten, § 758 der zweiten Lesung die Kontroverse mit folgender Bestimmung: „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden. . . .“

Das beneficium cedendarum actionum hat demnach auch insofern im Entwurfe seinen Charakter verändert, als nunmehr nicht, wie früher, seitens des befriedigten Gläubigers die Übertragung seiner Rechte auf die obligatorische Retentionseinrede des Bürgen hin, sondern der Legalübergang auf den Bürgen erfolgt.

Im Gegensatz zu dieser bestimmten Verneinung der Diligenzpflicht hat der Entwurf die Bestimmung im § 679 der ersten, beziehungsweise § 760 der zweiten Lesung aufgenommen, dass der Bürge insoweit frei werde, als ein mit der Hauptforderung verbundenes Nebenrecht auf ihn übergegangen wäre, und er daraus Ersatz hätte erhalten können, wenn der Gläubiger dieses aufgegeben hat. Dieser Satz soll seine Rechtfertigung aus der Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr finden[3]) und auch auf praktische Schwierigkeiten nicht stossen können.

Beides kann unbedenklich zugegeben werden. Die Frage aber bleibt offen, weshalb das Prinzip von Treu und Glauben im Verkehre zwar gestattet, dass der Gläubiger

---

[2]) S. 33 ff.

[3]) Motive, a. a. O. S. 679. — Vergl. auch Seufferts Archiv, Bd. VII No. 311.

mit seiner ganzen Hauptforderung, auf deren spätere Abtretung zur Regressnahme der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft doch sicherlich auch rechnet, so schädigend oder fahrlässig er will, — abgesehen vom Fall des dolus, — umgehen darf, dagegen verlangt, dass er ein doch nur zur Stütze derselben dienendes Nebenrecht aus den genannten Gründen diligenter bewahren soll. An die auffällige Inkonsequenz dieser Entscheidungen kehrt sich der Entwurf nicht. Gerade die von ihm angeführten Gründe sind doch vielmehr von der Diligenzpflicht bezüglich des Nebenrechts auf die bezüglich der ganzen Ansprüche gegen den Hauptschuldner auszudehnen, da die dem Bürgen den Ersatz verkümmernde Unbilligkeit hier im Verhältnis entsprechend bedeutend grösser wäre.

Dass aber praktische Bedenken der Annahme der oben dargestellten, immerhin beschränkten Diligenzpflicht entgegenstehen, kann nicht zugegeben werden, zumal sich auch früher die Rechtsprechung vielfach in dieser Richtung bewegte[4]).

In anderer Hinsicht zeigt der Entwurf keine vom geltenden gemeinen Recht abweichenden Bestimmungen bezüglich der vorliegenden Frage. Dem Bürgen stehen zu seinem Schutze die entsprechenden[5]) Mittel zu Gebote, und der Gläubiger haftet dem Bürgen für dolus, wie überall.

Dass die Auffassung des Entwurfs und der neueren Rechtsprechung nicht den Verkehrsansichten entspricht, wurde darzustellen versucht, vielleicht hat sie wenigstens den Erfolg, dass die ungünstigere Stellung des Bürgen leichtsinniger Übernahme der Bürgschaft besser vorbeugt.

---

[4]) Vergl. Seufferts Archiv, Bd. XX No. 36; ferner die Rechtsprechung fast allgemein bis zum Beginn dieses Jahrhunderts.

[5]) Vergl. oben Anm. 10 S. 39; Motive, a. a. O. S. 679, sowie Entwurf, §§ 677, 254 ff., 272 ff. der ersten Lesung und §§ 759, 264 ff., 287 ff. der zweiten Lesung.